



TRABAJO FIN DE GRADO:

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

“MATERNITY SURPASSED”

AUTOR/A: ÁNGELA FRANCO GARZÓN

TUTOR: FRANCISCO CARRAL.

GRADO EN DERECHO.

FECHA DE PRESENTACIÓN: 7, OCTUBRE 2019.

TRABAJO DE FIN DE GRADO: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

ÍNDICE.

Introducción del TFG.....PÁG 3.

DESARROLLO.....PÁG 3-29.

-Regulación actual en España.....PÁG 3-13.

-Cómo se regula en otros países.....PÁG 13-19.

-Opinión de la Jurisprudencia.....PÁG 19-22.

-Evolución legislativa.....PÁG 22-29.

CONCLUSIONES.....PÁG 29-30.

BIBLIOGRAFÍA.....PÁG 30-31.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1.INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo versa sobre la gestación por sustitución, tanto su tratamiento legal en España, donde está prohibido, como en otros países donde se ofrece una regulación más diversa.

Este trabajo muestra los distintos inconvenientes que genera la maternidad subrogada para la madre gestante, para el menor y para los padres comitentes, así como el debate que existe en torno a la necesidad de actualizar el concepto de maternidad subrogada debido a las exigencias existentes en un mundo cambiante como el nuestro.

En relación con este último inciso igualmente trataré el tema de la evolución que ha tenido la gestación por sustitución hasta nuestros días.

2.REGULACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA.

Para poder hablar de la maternidad subrogada/ gestación por sustitución en general, y más concretamente en nuestro país, es necesario en primer lugar hacer referencia brevemente a en qué consiste dicha materia.

2.2.QUÉ ES

La gestación por sustitución o maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades en virtud del cual, una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.

2.3.EN QUÉ CONSISTE

Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales como la inseminación artificial o fecundación in vitro. En el primero, la gestante aporta su propio material reproductor y es inseminada con gametos del comitente o de un donante (se habla de “subrogación tradicional”) mientras que, cuando se apoya en una fecundación in vitro, los gametos pueden provenir total o parcialmente de los comitentes, o pertenecer a terceros donantes.

Sin embargo, a diferencia de estas técnicas tradicionales, en el caso de la maternidad subrogada se disocia totalmente la maternidad del parto. En

consecuencia, en virtud de este contrato, la gestación por sustitución puede suponer que la mujer gestante sólo aporte su útero y la pareja comitente aporte su material reproductor previamente fecundado, que se implantaría en el útero de la primera para su gestación.

También puede ocurrir que la madre gestante aporte sus propios óvulos que serán fecundados por los gametos del varón comitente o de otro varón. Pero también, puede ocurrir que el material reproductor implantado en el útero de la mujer gestante no provenga de los comitentes sino de terceras personas ajenas al contrato.

Una vez explicado en qué consiste la gestación por sustitución, me centraré en explicar la forma en la que este tema está afectando a nuestro país en la actualidad.

En los últimos años, se ha incentivado una especie de turismo reproductivo debido a las grandes diferencias que existen a la hora de regular la gestación por sustitución y es que, el hecho de que tanto en España como en otros países se prohíba la gestación por sustitución, hace que los nacionales de estos países acudan a otros estados en los que si se admite esta figura para contratar servicios de mujeres nacionales o residentes en estos Estados con el objetivo de que, una vez nacido el niño y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras, esta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o la residencia de los padres comitentes.

A pesar de que la gestación por sustitución o maternidad subrogada es una técnica prohibida en España, miles de españoles¹ recurren a ella cada año para ser padres o madres.

Para ello, han buscado gestantes en el extranjero que, por lo general, han sido fecundadas con el espermatozoides del varón comitente. En estos momentos, el Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de este modo, siendo este el principal problema que se plantea en la práctica. Existe una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo que generan inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos.

Llegados a este punto y en relación con lo anterior, haré alusión a dos de los grandes problemas que suscita en la actualidad la gestación por sustitución,

¹ las madres de alquiler son un hecho en España, pues los datos indican que los niños españoles nacidos a través de esta práctica se cifran en torno a los 1000 al año en detrimento de la adopción internacional que ha descendido hasta un 70%, en el marco de los aproximadamente 20.000 niños que nacen mediante este método en el mundo, según la ONG suiza International Social Security <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5323>

sin embargo, es necesario hacer una breve referencia a la regulación actual de esta figura en España.

Así, actualmente se encuentra en vigor la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (LTRHA), que derogó la ley 45/2003. Ésta última, modificó a su vez la anterior ley, la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 10 no ha sido modificado y sigue vigente actualmente con la nueva ley.

El artículo 10 establece:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Pues bien, después de este breve inciso procederemos a explicar dos de los grandes problemas jurídicos relacionados con la maternidad subrogada que se plantean en España.

Uno tiene que ver con el hecho de que la maternidad subrogada sea contraria a la ley nacional española y, sin embargo, muchos españoles consigan ser padres recurriendo a ella en otros países donde si es legal.

Lo que se plantea por tanto, en primer lugar, es si se puede pretender que las leyes que son aprobadas en España tengan verdadera eficacia y que no solamente sean de aplicación para los que no pueden sortearlas en el extranjero por motivos de recursos, por ejemplo.

El otro problema consiste en que independientemente de que, aun siendo una figura prohibida en España, en el caso de conseguir sortear la legalidad vigente existe una nueva vida humana por cuyo interés el Derecho tiene que velar. Un aspecto esencial de ese interés consiste en reconocerle una filiación legal.

De este último inciso, se nos plantea la duda de si se les debe reconocer a los padres comitentes la filiación legal del hijo por encargo aunque se reconozca la ilegalidad del proceso o por el contrario si resultaría más coherente no reconocerla para desincentivar que sea un medio para poder conseguir aquello que está realmente prohibido.

Sobre este asunto se han pronunciado las más altas instancias jurisdiccionales, como el Tribunal Supremo de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por lo tanto, la situación hoy en día es que en virtud de la LTRHA 14/2006 la gestación subrogada en España es una práctica prohibida (art 10.1), no

obstante dicha ley no prohíbe acudir a un país extranjero, donde sí que está permitido e iniciar un proceso de gestación subrogada. Sin embargo, cuando esto ocurre, pueden surgir problemas a la hora de inscribir al menor como hijo de los padres de intención.

Hasta el 2010, los padres comitentes debían luchar por conseguir la paternidad de su hijo, nacido en un país extranjero mediante la gestación por sustitución. Sin embargo, el 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una instrucción, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que permite la adjudicación directa de la filiación, siempre y cuando los padres de intención aporten una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde ha nacido el menor. En ella, debe quedar establecida la filiación del nacido en favor de los padres intencionales y no de la gestante subrogada, conocida como madre gestante.

La regla general es que dicha resolución judicial deba ser objeto de exequátur, en base al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, salvo si ésta tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, y en dicho supuesto, será el encargado del Registro Civil quién controlará si dicha resolución puede ser reconocida en España, siempre con carácter previo a realizar la inscripción solicitada².

En este sentido, otro aspecto importante dictaminado en la Instrucción es el siguiente:

No se contemplará como apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica del nacimiento en que no conste la identidad de la gestante.

Por lo tanto, una vez está claro que la Ley 14/2006 prohíbe la gestación subrogada en España considerando nulo de pleno derecho cualquier contrato en el que se renuncie, a la maternidad adquirida con el parto, en favor de otra persona, surge un problema de vital importancia y es ¿Qué ocurre con la filiación y los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica cuando regresan a España después de dicho proceso de gestación subrogada en el extranjero?

En cuanto a la filiación, el mayor inconveniente puede surgir al traer al niño de vuelta a España, ya que la filiación establecida en el país de nacimiento no tiene por qué ser reconocida en España. De hecho, en la mayoría de ocasiones no se reconoce. El único caso en que el Estado español adjudica directamente la paternidad a los padres intencionales o comitentes en casos de gestación subrogada llevados a cabo en otro país es cuando un juez establece la filiación

² (<https://eprints.ucm.es/38166/1/TFM%20.pdf>)

por sentencia judicial. Esta resolución judicial debe seguir los requisitos o exigencias establecidas por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) en la Instrucción al respecto que publicó el 5 de Octubre del 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Actualmente, solo en EEUU y Canadá se realiza un juicio de filiación por el que se obtiene sentencia judicial admitida en España.

En Grecia, se hace un juicio para autorizar la transferencia embrionaria a la gestante y ello es aceptado también como sentencia de filiación.

En el caso de otros países como Rusia, Ucrania o Georgia, la filiación se puede establecer allí para los padres de intención, pero en España no se reconoce lo establecido en estos países. Por tanto, la gestante es la madre legal a los ojos de los tribunales españoles y el padre legal será el padre de intención, siempre

que sea el padre biológico, es decir, siempre que haya sido él, la persona que haya aportado los espermatozoides.

Para que en estos casos los padres intencionales puedan ser reconocidos como tales, la madre gestante debe renunciar a la maternidad, de tal manera que el padre de intención queda como único padre legal del bebé. Posteriormente, la madre o el padre de intención pueden adoptar al niño por ser hijo de su pareja. Así, quedan ambos como los padres legales.

Es decir, el estado español ofrece dos posibles soluciones en relación a la inscripción de los menores nacidos por subrogación uterina en un país extranjero:

Primero, la filiación por adopción, este tipo de filiación se aplica en aquellas situaciones donde no se dispone de sentencia judicial que determine la filiación del nacido. En estos casos la paternidad se adjudica al padre biológico y, posteriormente, la madre o el padre de intención debe realizar la adopción del hijo de su pareja. En estos casos, si el padre es el padre biológico, existe la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante gestación subrogada por los medios ordinarios regulados en la legislación española, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. Con ello se refiere a las acciones generales de determinación legal de la filiación reguladas en los artículos 764 a 768 de la LEC.

Esta alternativa legal permite que el padre de intención pueda reclamar la paternidad aportando una prueba de ADN que confirme que es el padre biológico. De este modo, el bebé podrá ser registrado como hijo suyo y de la gestante. Posteriormente, con la renuncia de la gestante sobre la potestad del bebé, la pareja del padre biológico podrá adoptar al recién nacido en base a la legislación relativa a la adopción, artículos 176 a 178 de la Ley 21/1987. Y es que en la gestación por sustitución en virtud del art 10.3 de la LTRHA:

“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

En segundo lugar, tenemos la ya comentada filiación por sentencia judicial, en estos casos se celebra un juicio de filiación para determinar la paternidad y la maternidad de los padres intencionales. La resolución judicial obtenida, en la que constan los padres de intención, es reconocida directamente en España gracias a la Instrucción que la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) dictó en 2010.

Una vez que ya hemos hecho una breve introducción al trabajo entrando en contacto con la materia a tratar haciendo una breve alusión a su regulación en la ley, así como algunos problemas que conlleva en la actualidad, considero de interés centrarme más en éste último tema analizando de una forma más concisa los problemas que conlleva la gestación por subrogación en cuanto a la inscripción en el registro Civil y la filiación.

Pues bien, en este sentido, uno de los principales problemas se refiere al reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social ligadas a la maternidad.

Vemos que la figura de la maternidad por subrogación no se encuentra protegida por los artículos 48.4 y 45.1 del estatuto de los trabajadores, ni tampoco por el artículo 177 y siguientes de la LGSS y tampoco en el Real Decreto encargado de la regulación de las prestaciones económicas que ofrece la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Sin embargo, es cierto que las situaciones que se daban antes y que estaban reguladas, ahora ya con los avances y la evolución nos encontramos con que surgen unas nuevas situaciones que antes no se contemplaban.

Así por ejemplo, en el Estatuto de los Trabajadores, se establece la suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto específico de la maternidad por parto, de la maternidad natural, dentro del cual la maternidad por subrogación no entra porque se trata de una maternidad no biológica en la que el parto es llevado a cabo por una mujer ajena.

En este mismo artículo y concretamente en su párrafo sexto se nos conduce al supuesto de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de maternidad por adopción y acogimiento con los requisitos específicos al respecto.

Por lo tanto, podemos ver que la figura de la maternidad por subrogación no encuentra cabida en el Estatuto de los Trabajadores. Ello se debe al hecho de no estar reconocida como tipo de maternidad no biológica y declarada nula de pleno derecho en base al ya mencionado artículo 10.1.

La LGSS en su artículo 42 establece que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria y las prestaciones por maternidad, así el artículo 177 define las situaciones que son protegidas por la prestación por maternidad.

A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor analizada, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Además añade mediante el artículo 178 que este hecho de protección, ser beneficiario del subsidio por maternidad, es para cualquier trabajador por cuenta ajena con independencia de su sexo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, que consiste en estar afiliado y en alta en este régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, exigido por el artículo 165.1 de la misma.

Teniendo en cuenta el tenor literal del articulado, el Instituto de la Seguridad Social, viene denegando estas prestaciones en el caso de maternidad subrogada, aduciendo el hecho de que no hay maternidad biológica ni no biológica, es decir que se trata de una situación no contemplada en la LGSS concretamente en su artículo 177, y de hecho se trata de un contrato considerado nulo de pleno derecho y entienden que la filiación de los menores es determinada por el parto.

En el artículo 2 del RD 2955/2009 de 6 Marzo, observamos también cuales son las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, todas ellas protegidas por la prestación por maternidad. Si llevamos a cabo una interpretación de tipo restrictiva llegamos a la conclusión de que otra modalidad no incluida en el articulado queda excluida del mismo que es lo que ocurre con la maternidad subrogada.

No es menos cierto que en su artículo 2.2 se establece que “se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento pre adoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento pre adoptivo, permanente o simple, cuya declaración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

Con esta redacción tan abierta, podríamos entender que la maternidad por subrogación entra dentro del mismo, pues si cumple con los requisitos de la DGRN que hace alusión a esa resolución judicial del país extranjero para poder llevar a cabo la inscripción en el Registro, resultaría ser equiparable a estas figuras de adopción y acogimiento sin problema.

Vemos por tanto, que en lo que respecta a la filiación de esos menores nacidos fuera de España por maternidad por sustitución se ha buscado una solución al respecto mediante la instrucción del 5 de Octubre del 2010 de la RGRN(mencionada anteriormente).

Sin embargo, no es tan sencillo porque surgen una serie de elementos que complementan esta figura, es decir, la prestación por maternidad es un complemento a la figura de la maternidad, que en el caso de la maternidad por subrogación, en base al articulado no encontramos protegida.

Por lo que respecta a la prestación por maternidad, el artículo 178 de la LGSS exige que el sujeto beneficiario cumpla 3 requisitos:

Encontrarse en alta o situación similar al alta.

Haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento.

Reunir el periodo de carencia exigido en cada caso, de diferente duración en función de la edad de la madre.

De modo que, si realizamos una interpretación restrictiva nos reiteramos en que la maternidad por subrogación no encajaría dentro del ámbito de protección, pero si realizamos una interpretación más extensiva, ya que el artículo habla de maternidad sin especificar la tipología de la misma, podríamos incluir, por tanto, dentro de la maternidad en general la maternidad por subrogación, aplicando por tanto la analogía.

Además, como afirman algunos autores, como J. Hierro Hierro³, la prestación por maternidad inicialmente está concebida” con la doble finalidad de, por un lado, atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, de otra, atender los primeros cuidados del recién nacido, pero en los últimos tiempos ha tornado, primando la segunda sobre la primera.

Lo que se pretende, es buscar una protección del bien jurídico que consideramos superior en este supuesto, que es el interés del menor, pues en

³ Como pone de manifiesto HIERRO HIERRO, J., el reconocimiento de la prestación por maternidad en aquellos supuestos en los que no ha habido alumbramiento o parto, esto es, en los casos de adopción y acogimiento, en sus múltiples formas (...)” en “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, Aranzadi Social, nº. 6/2012, BIB 2012/2899, pág. 2 del soporte informático.

caso de no hacerlo dejaríamos a los hijos nacidos por la misma, en situación de desprotección.

Siguiendo el planteamiento realizado por diferentes autores, comprobamos la dificultad que tiene la figura de la maternidad por subrogación para ser entendida por todos sin restricción como forma de constitución de la familia.

En cuanto a la prestación por maternidad y la suspensión del contrato de trabajo, observamos que la redacción literal de los preceptos, el referirse a la maternidad, no lo acompaña de adjetivo alguno, pudiéndose interpretar que a la hora de la redacción del mismo, el legislador quiso que se incluyeran otros supuestos de maternidad no biológica, como este caso puede ser la maternidad subrogada.

En esta misma línea, otros autores como Selma Penalva se han pronunciado alegando que consideran que se trata de una laguna legal ante la cual no queda otra situación que aplicar la analogía, tal y como expliqué anteriormente.

Sin embargo, en estos supuestos los Jueces y Tribunales son los que están actuando para intentar proteger los intereses de la maternidad, considerando a la maternidad subrogada como un supuesto mas de maternidad con independencia de que sea contratada por una pareja homosexual, heterosexual o incluso en el caso de familias monoparentales⁴.

Del mismo modo que el juzgador ha decidido mediante la aplicación de la analogía, en los casos de maternidad subrogada, en los que falla a favor de ,madre internacional o comitente otorgándole el derecho al premio y prestación por maternidad, en el caso de que dicha prestación sea solicitada por un varón, se actúa como en los supuestos de adopción, en los que se concede con independencia del sexo del solicitante, pues no debería suponer un impedimento el hecho del sexo masculino del solicitante para disfrutar de la prestación por maternidad, sobretodo porque no resulta un obstáculo en el caso de la adopción y el acogimiento.

Realmente es una paradoja el hecho del reconocimiento de estos derechos en los casos de adopción y acogimiento pero no en el supuesto de maternidad subrogada, pues lo importante es el interés del menor, el cual en estos supuestos se vería vulnerado, ya que su progenitor es varón y la realidad es que, incluso en el caso de parejas de hombres, cuando éstos solicitan las prestaciones por maternidad se les viene denegando por el INSS, por la inexistencia de madre biológica, ello debido a la protección que ofrece la

⁴ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, Sentencia 1015/2018 de 30 Nov. 2018, Rec. 490/2017.
Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 835/2013 de 6 Feb. 2014, Rec. 245/2012

prestación por maternidad a las mujeres, pero que como hemos visto ha sido superada en el caso de adopción y acogimiento, pareciera razonable que lo mismo ocurriera en la maternidad por sustitución y es ésta la postura que vienen tomando los Tribunales⁵ al respecto, mediante una interpretación extensiva de la norma, que nos permite que pese a su redacción, este supuesto es intrínseco elemento protegido por la norma.

Por tanto, si se niega la prestación al estar “incluido el supuesto” sería una vulneración del principio de igualdad protegido por la CE en el artículo 14.

Por último, es necesario enfatizar en la importancia que tiene la concesión de la prestación por maternidad, ya que se logra cumplir con la finalidad que persigue dicha figura en atención al menor y al establecimiento de la relación familiar afectiva entre el recién llegado y los progenitores.

Además, no se va a reconocer la prestación por maternidad por el hecho de que la figura de maternidad subrogada sea nula en el derecho español, ya que existen supuestos irregulares o ilegales en España para los cuales, el ordenamiento busca soluciones para los afectados.

⁵ STS de 16 de noviembre de 2016. “8 de mayo de 2013, se solicita del INSS las prestaciones por maternidad, que son denegadas al considerar la Entidad gestora que la gestación de un menor por útero subrogado no constituye una situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad, criterio denegatorio que se mantiene en la contestación a la correspondiente reclamación previa”.

STS de 25 Octubre de 2016. “con fecha 31 de octubre de 2013, el demandante reclamó las prestaciones por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas, siendo denegada su solicitud, mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de fecha 6 de noviembre de 2013, por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social (en la actualidad, art. 177 TRLGSS), denegatoria que también se extendió a la oportuna reclamación previa”.

3.CÓMO SE REGULA EN OTROS PAÍSES

Para desarrollar este apartado es necesario recordar lo previamente explicado en anteriores epígrafes, es decir, si recordamos bien, dijimos que en nuestro país, tal y como establecía el art-10 de la Ley sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida, declaraba expresamente la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero sí que es verdad que existen otros muchos medios que permitían directamente la inscripción de los nacidos a través de esta técnica en caso de cumplirse una serie de requisitos, por lo que la población española no duda en acudir a esta figura en los países extranjeros en los que está permitida esta técnica.

Pues bien, partiendo de esta breve introducción pasaré a explicar cuál es la regulación de esta figura en otros países.

Al igual que en España, también existen otros países de nuestro entorno en los que igualmente queda explícitamente prohibida esta técnica, tales como Francia, Italia o Alemania.

Sí que es verdad que en España la filiación del niño nacido mediante gestación por sustitución a favor de padres internacionales si es posible, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

En 2010 el Gobierno permite a los padres inscribir a los niños nacidos por esta técnica en el Consulado correspondiente. En nuestro país se calcula que aproximadamente 1000 niños por año provienen de maternidad subrogada y esta cifra va aumentando, dado que el proceso de adopción a niños en terceros países es lento y complicado.

Las sociedades científicas de fertilidad europea (ESHRE) y americana (ASRM), aconsejan que la mujer que lleva a cabo la gestación sea compensada sólo para cubrir los gastos razonables y por la pérdida de ingresos reales.

En cuanto a los aspectos legales y de otra índole, en los países en los que está permitida la gestación subrogada, son los siguientes:

En primer lugar, en EEUU.

En los Estados Unidos, la gestación subrogada alcanzó repercusión pública por primera vez con el caso "Baby M" en el año 1986. El caso tuvo su origen en el acuerdo que alcanzaron dos residentes del estado de Nueva Jersey, William Stern (marido de Betsy Stern) y Mary Beth Whitehead, por el cual esta aceptó quedar embarazada con el semen de William Stern (aportando ella el óvulo) y ceder sus derechos parentales a Betsy Stern. Sin embargo, una vez nacido el

bebé, Mary Beth Whitehead huyó con él y el matrimonio Stern la demandó en los tribunales. En última instancia, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró que el acuerdo alcanzado y la consiguiente cesión de los derechos parentales de Mary Beth Whitehead a Betsy Stern era nulo y que, por consiguiente, los padres del bebé eran Willian Stern y Mary Beth Whitehead. Con todo, el Tribunal Supremo remitió la cuestión de la custodia al tribunal inferior, para ser decidido de conformidad con el interés superior del menor, y este decidió atribuir la custodia al matrimonio Stern.

Tras aquel precedente, la gestación subrogada ha ganado aceptación y en la actualidad en varios estados de los Estados Unidos, así como Washington DC, hay leyes que la contemplan y regulan. En concreto, California ha sido un estado pionero en la regulación de este proceso, que en la actualidad cuenta con todas las garantías legales y pleno respaldo de su sistema judicial.

La legislación varía con respecto a cada estado, existiendo cuatro situaciones posibles: estados donde una ley lo permite, estados donde está permitido pero con ciertas restricciones, estados en los que ninguna ley lo permite o lo prohíbe y estados donde una ley lo prohíbe y además está castigado. Dentro de los estados en los que se puede llevar a cabo, los aspectos legales varían. Existe una pre-birth order⁶ y una post-birth order⁷.

Si ninguno de los padres pudiera aportar los gametos, la gestación subrogada no se podría llevar a cabo, ya que tendría que tener vínculo genético con al menos uno de los cónyuges, normalmente, el padre. Asimismo, estaría prohibida para parejas homosexuales y madres o padres solteros.

En este caso, el proceso es menos costoso que en EEUU, en torno a 60.000 euros, pero no hay sentencia judicial, sólo partida de nacimiento. El niño se registra al nombre del padre y la madre lo tiene que adoptar en España. Solo se realiza en casos de heterosexuales casados.

En cuanto a Rusia, la maternidad subrogada, incluso la comercial, es legal y es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que desean ser

⁶ Una orden previa al nacimiento es una orden firmada por un juez que establece la paternidad de un niño esperado cuando la mujer que da a luz es una madre sustituta gestacional y no está relacionada genéticamente con el niño.

⁷ Una orden posterior al nacimiento es muy similar a una orden anterior al nacimiento en subrogación, excepto que la documentación no se puede presentar hasta después de que una madre sustituta haya dado a luz al bebé de los padres. States that don't allow a pre-birth order will typically allow for a post-birth parentage order instead; Los estados que no permiten una orden prenatal generalmente permitirán una orden de paternidad posterior al nacimiento; however, only a local surrogacy attorney can determine which legal steps are needed to establish parentage in your personal surrogacy journey. sin embargo, solo un abogado de subrogación local puede determinar qué pasos legales son necesarios para establecer la paternidad en su viaje de subrogación personal

padres, incluido parejas heterosexuales casadas, no casadas, solteros y solteras.

Hay ciertas indicaciones médicas para acudir a la gestación por sustitución: ausencia del útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo o reiterados intentos fallidos de FIV cuando se generan embriones de alta calidad pero, una vez transferidos, no se consigue el embarazo.

En Rusia el primer programa de gestación por sustitución fue llevado a cabo en 1995 en el Centro de FIV adjunto al Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo. En general, los rusos ven con buenos ojos la maternidad subrogada: los recientes casos de una célebre cantante, Alla Pugachova⁸ que junto con su marido Maxim Galkin acudieron abiertamente a madres de alquiler, recibieron una cobertura mediática favorable.

La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (artículo 16). La madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido. No se requiere para tal efecto ni una resolución judicial ni el procedimiento de adopción. El nombre de la madre de alquiler nunca consta en el certificado de nacimiento. No es obligatorio que el niño tenga el vínculo genético con por lo menos uno de sus p El 4 de agosto de 2010 un juzgado de Moscú dictaminó que un hombre soltero que había contratado un programa de gestación por sustitución con donación de óvulos podía ser registrado como el padre de su hijo, convirtiéndolo en el primer hombre en Rusia que defendió por vía judicial su derecho a ser padre.

La filiación materna del niño no constaba en el certificado de nacimiento, el padre fue registrado como su único progenitor. Luego en el mismo sentido se pronunciaron varios juzgados rusos confirmando así que las personas sin pareja, indistintamente de su sexo u orientación social, pueden ejercer en Rusia su derecho a ser padre o madre a través de la gestación subrogada, por ejemplo en el caso singular de un vecino de San Petersburgo quien fue reconocido como el único padre de sus mellizos nacidos por una madre subrogada.

⁸ <https://es.rbth.com/cultura/83079-diva-pop-ruso-alla-pugachova>

La legislación liberal ha convertido a Rusia en un destino atractivo para los “turistas reproductivos”⁹ que viajan al extranjero en busca de las técnicas no disponibles en sus respectivos países. Los padres intencionales van a Rusia cuando, por edad avanzada, necesitan una donación de óvulos o buscan un vientre de alquiler. En Rusia los extranjeros gozan de los mismos derechos a la reproducción asistida que los rusos. Dentro de los tres días siguientes al parto la pareja comitente obtiene el certificado ruso de nacimiento, en el cual los dos constan como padre y madre.

Al igual que sucede en Ucrania el proceso aquí es mucho menos costoso que en Estados Unidos y cuenta además con la ventaja de que es una técnica que parece ser bien vista a ojos de la mayoría.

En tercer lugar, también está permitido este método en otros países occidentales, como Canadá y Portugal, que se realiza sólo de manera altruista, lo que conlleva escasez de madres.

El 30 de julio de 2016 en Portugal, el presidente de la República, promulgó la norma que establecía la gestación subrogada altruista para mujeres que carecen de útero o que demuestren no poder llevar a cabo un embarazo

El 1 de agosto de 2017 en Portugal, entra en vigor la ley 25/2016 del 22 de agosto que regula la gestación por sustitución o gestación subrogada para mujeres que no pueden quedarse embarazadas por ausencia de útero, que sufran algún tipo de lesión o dolencia en ese órgano que se lo impida o cuando "la situación clínica lo justifique". Esta regulación deja de lado a los homosexuales, que no podrán acceder a este tratamiento.

El artículo 8 de la nueva norma prohíbe cualquier tipo de pago o la donación de cualquier bien o cuantía de los beneficiarios a la gestante excepto el valor correspondiente a los gastos derivados del acompañamiento de salud, incluidos los transportes, siempre que esté debidamente justificado. Esa última ley ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional luso en agosto del 2018 por atentar contra los derechos fundamentales de la mujer y del futuro hijo fruto de la maternidad subrogada.

En Canadá.

Cabe señalar que la Ley canadiense sobre la procreación asistida autoriza que ciudadanos extranjeros puedan recurrir a la gestación subrogada. Sin embargo, debido a que en Canadá se permite únicamente esta gestación por razones altruistas, las mujeres que desean desempeñar esta función como madres

⁹ *el turismo reproductivo surge de la necesidad de parejas con problemas de infertilidad que tienen el deseo de tener un hijo y se desplazan a destinos que les dan la posibilidad de encontrar una solución.*

portadoras no son numerosas. La prensa ha reportado diversos casos de canadienses que siguen recurriendo a la gestación subrogada en otros países, en lo que comúnmente se conoce como “turismo de procreación”.

El marco legal de la gestación subrogada en Canadá es citado con frecuencia en distintos países por un elemento específico: su carácter altruista. La Ley canadiense sobre la protección asistida, vigente desde marzo de 2004, estipula que está prohibido el pago de un salario a la madre portadora (quien debe tener 21 años de edad como mínimo), así como la intermediación y la publicidad con fines de lucro. Los culpables se exponen a una pena máxima de diez años de prisión y una multa de 500.000 dólares canadienses (unos 325.000 euros).

Además de éstos, existen otros países que también tienen su regulación propia en cuanto a esta materia, como Holanda que la regulan para determinadas situaciones u otros países como la India que la fomentan abiertamente.

En la India, el proceso de gestación subrogada tiene un coste de entre 20 000 y 40 000 dólares. Su legislación es muy flexible desde 2002 e incluso en 2008 la Corte Suprema de la India en el caso Manji sentenció que la maternidad comercial estaba permitida. De esta forma India se convirtió en receptor de numerosos procesos de subrogación, sin embargo desde julio de 2013 una nueva directriz prohíbe la gestación subrogada a homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países en los que esté prohibida esa práctica.

En Holanda, la Gestación por sustitución está regulada desde 1997 y sigue las Guías establecidas por la Sociedad Holandesa de Obstetricia y Ginecología. El Gobierno holandés señala las características esenciales de los acuerdos de subrogación, tales como que la familia no puede pedir ayuda públicamente por ningún medio y la gestante tendrá que estar emparentada con ella hasta el cuarto grado. Sí se acepta, como es lógico, que se compense a la gestante. Pero esta, y su marido si existiese, son considerados padres legales del niño, haciendo falta un proceso de transferencia de paternidad. Se ocasiona así una tremenda inseguridad para todas las partes. Añádase que solo unos pocos centros están autorizados para realizar la gestación por sustitución, lo que alarga el tiempo de evaluación previa, hasta ser aceptado cada uno de los casos, hasta los dos años. Este conjunto de trabas hace que los holandeses opten, como tantos europeos, por emigrar a otras regiones para formar su familia.

La situación generada ha sido reconocida por las autoridades holandesas y se realizaron una serie de modificaciones en las leyes de filiación y custodia que,

entre otras, incluirá la multiparentalidad y una regulación más justa y respetuosa de la gestación por sustitución¹⁰.

La Gestación por Sustitución es una realidad en toda Europa, en todo el mundo. Solo hay un camino para acercarse a ella y Holanda lo señala con nitidez: regular para evitar daños y no ser cómplices de quienes buscan explotar a mujeres, familias y niños.

Independientemente de esto, 3 son las posturas mayoritarias en relación con la paternidad subrogada.

En primer lugar, varios estados de EEUU o países como Rusia, India Ucrania, Georgia o Armenia, permiten acudir a esta técnica a título gratuito o a cambio de contraprestación económica.

En segundo lugar, países europeos como Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca y otros como República Sudafricana, Brasil Ecuador, Israel o Canadá, que la admiten pero solo en caso de que se realice altruistamente y concurren ciertos requisitos o condiciones, principalmente relacionados con problemas médicos en la madre comitente que le impidan la gestión.

Y finalmente nos encontramos con un tercer grupo de países que prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista, entre los que además de España, destacan otros como Australia, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos estados de EEUU o Hong Kong y también países como Arabia Saudí o Pakistán en que sus autoridades religiosas no lo autorizan, entre muchos otros.

También es necesario citar supuestos excepcionales como China o Tailandia, donde igualmente se lleva a cabo esta práctica a pesar de no estar expresamente permitida ni prohibida legalmente, lo que hace que no sea posible exigir el cumplimiento de un convenio en caso de que surgiera algún

problema a lo largo del proceso, existiendo actualmente una propuesta de ley para la protección de los niños nacidos a través de la subrogación de las madres gestantes y para regular las relaciones legales entre los padres

¹⁰ *El Comité que asesora al Gobierno de Holanda “desea establecer un reglamento legal que garantice que el acuerdo de subrogación se lleve a cabo con justicia y respeto por la dignidad humana del niño y la madre sustituta. El reglamento debe proporcionar certidumbre desde el momento del nacimiento del niño, con respecto a los padres legales, la nacionalidad, el nombre y los titulares de la patria potestad”. De este modo, tanto la mujer gestante como los padres de intención tienen certeza en cuanto a su posición y responsabilidades con respecto al niño. Por otro lado, se considera que el niño también “debe ser capaz de conocer su historia” en el futuro y que la mujer gestante debe “ser asesorada y recibir información independiente sobre las consecuencias psicológicas y legales de la subrogación. Y sus riesgos médicos y financieros deben estar suficientemente cubiertos. Después de todo, ella asume una responsabilidad sustancial para un niño que en última instancia no cuidará ni criará”.*

comitentes y las madres subrogadas, pero que aún no ha sido aprobada definitivamente.

En el plano internacional, los países están tendiendo a regular dicha realidad a la que cada vez más personas están recurriendo, con la finalidad de aportar soluciones y proteger no solo el interés superior del niño, sino también la situación y derechos de la madre gestante y de los padres comitentes ante todas las cuestiones, abusos y problemas que pueden surgir a lo largo del proceso.

Con la regulación, unos países tienden a flexibilizar las exigencias como es el caso de Rusia que ya permite la subrogación a parejas no casadas o personas individuales y otros, en cambio, fijan una regulación más restrictiva como la India en que tan solo se permitirá en un futuro acceder a la paternidad subrogada a parejas heterosexuales con al menos dos años de matrimonio.

4.OPINION DE LA JURISPRUDENCIA.

La denominada maternidad subrogada o gestación por sustitución también conocida como vientres o úteros de alquiler, está generando en los últimos años un intenso debate político, jurídico y ético.

Un debate que nos remite a cuestiones esenciales desde el punto de vista de los derechos fundamentales (el contenido esencial y los límites del derecho a la vida, la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad) y se nos plantea además, si existe el llamado derecho a la procreación, es decir, si podemos entender que la paternidad o maternidad constituirían una aspiración que los poderes políticos deben garantizar.

Todas estas cuestiones no pueden ser abordadas de manera adecuada sin tener presente no solo el interés superior de los menores, sino también una perspectiva de género, ya que son las mujeres quienes se ven interpeladas por una técnica que plantea muchas dudas en cuanto a su legitimidad desde la consideración de las gestantes como sujetos autónomos.

Quienes se posicionan a favor, lo hacen apoyándose en la defensa de la autonomía de las mujeres, sin embargo, aquellos que defienden lo contrario, entienden que supondría un paternalismo que lleva a considerarlas como menores de edad a las que cabría limitar el derecho a disponer de su propio cuerpo y de su capacidad reproductora. Junto a estos argumentos, habría que sumar los que se centran en la idoneidad de esta vía para permitir tener hijos/as a quienes no pueden concebirlos de manera natural. Desde este punto de vista, la gestación por sustitución vendría a garantizar en última instancia lo que algunos califican como derecho a procrear, implícito en los derechos al

libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 CE) y a crear una familia (Artículo 39 CE). En este sentido incluso se alega el principio de igualdad y no discriminación para defender el derecho de una pareja de hombres homosexuales a tener un hijo genéticamente propio.

Otros en cambio, consideran que la gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante ni produce efectos negativos en los hijos así gestados.

Desde un punto de vista más sociológico, la Asociación por la Gestación Subrogada en España parte de la consideración de que la Gestación por sustitución es una realidad que se ve con la misma naturalidad que otros cambios que se han ido produciendo en los últimos años en el derecho de familia. En este sentido, usa como referente la interpretación evolutiva de la Constitución propuesta por la STC 198/2012, del 6 de noviembre de 2012, que avaló la legitimidad constitucional del matrimonio igualitario.

En la posición contraria a la gestación por sustitución nos encontramos con una serie de argumentos distintos, posiciones religiosas y feministas. Desde las segundas, la crítica a esta figura se centra en la mercantilización del cuerpo y en la capacidad reproductora que la gestación por sustitución supone para las mujeres. Se mantiene que este tipo de gestación lleva a que la mujer sea considerada más como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad, se insiste además en la escasa o nula en muchos casos, garantía de los derechos de las mujeres gestantes y se critica el negocio que supone esta técnica, ya que estamos hablando de que solamente los ciudadanos y ciudadanas con un alto nivel de recursos pueden acceder a esta técnica.

A esto se han sumado la Asociación de Profesionales por la Ética, en su informe del 2015 o el mismo Parlamento Europeo, que en su Resolución del 13 de diciembre de 2015 sobre la situación de los derechos fundamentales de la Unión Europea, condena cualquier forma de gestación por sustitución de carácter comercial.

En cuanto al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de este tema, debemos añadir que, antes de analizar cómo se contempla la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento, hay que tener presente que el TEDH no se ha pronunciado directamente sobre la legitimidad de estos contratos, sino sobre el reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas a partir de esa técnica llevada a cabo en países donde está permitida.

La posición del TEDH nos lleva finalmente a plantearnos si, en virtud del artículo 8 CEDH, existe o no un derecho ilimitado a crear una familia y, por lo

tanto, a cuestionar qué elementos habrá que ponderar cuando entren en conflicto «orden público» e «intereses del menor».

El TEDH constata que los comitentes se ocupan de las hijas concebidas mediante un convenio de Gestación por desde su nacimiento y viven juntos de una manera que no se distingue de la «vida de familia» en su sentido usual.

El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución vulneraría el derecho a la vida privada de las menores (art. 8 CEDH). Aunque el TEDH reconoce la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa, entiende que el margen de apreciación nacional se reduce si está en juego la filiación, ya que en este caso estamos ante un aspecto esencial de la identidad de los individuos.

Junto a todos estos argumentos aportados por distintos organismos y figuras relevantes, es preciso hacer mención a la opinión formulada por el Tribunal Supremo que reconoce por primera vez a la gestación por sustitución como una situación protegida por la prestación por maternidad.

El Pleno de la Sala de lo Social del TS dio a conocer una de las dos¹¹ sentencias por las que reconoció por primera vez a la maternidad por subrogación o sustitución como situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento.

En ambos casos se planteaba si la maternidad por subrogación o sustitución puede considerarse situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, con la particularidad de que en uno de los casos el solicitante de la prestación era un varón.

En el caso resuelto por la STS, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, sentencia número 953/2016, se trata de una trabajadora que tiene un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta escrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre.

En el otro supuesto¹², se trata de un español que concierne una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el hombre asumiese, todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad. Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas de los padres biológicos (la madre “de alquiler” y el varón español), siendo trasladadas a España por su progenitor. La Seguridad Social española denegó las prestaciones de maternidad solicitadas

¹¹ STS, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, sentencia número 953/2016 <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11386-el-ts-reconoce-por-primera-vez-a-la-gestacion-por-sustitucion-como-situacion-protegida-por-la-prestacion-por-maternidad/>

¹² STSJ de Cataluña, Sala de lo social, de 15 de septiembre de 2015.

por el padre de las menores puesto que la Ley de Reproducción Asistida proclama la nulidad del contrato de maternidad por sustitución.

A raíz de este caso, nuestro Tribunal Supremo dio la razón a los solicitantes de tales prestaciones, ya que consideró que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas en la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

En el caso del varón, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión.

El Tribunal Supremo también advirtió que no se aprecia conducta fraudulenta, que la atención a los menores es el punto de vista predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social, que las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución quedan al margen del problema y que no se está creando una prestación de Seguridad Social, sino interpretando las exigencias de las actuales conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.

5.EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Una vez que ya hemos hablado del tratamiento legal de esta figura en España, es necesario entender de qué forma se ha llegado a la regulación actual y que para ello han sido necesarios varios años de continuos avances en el derecho, de familia, así como numerosos casos que han traído consigo jurisprudencia que ha resultado imprescindible como material para proceder a adaptar las exigencias, que el tema requiere a las necesidades de la sociedad actual Y que en un mundo como el nuestro, son necesarios los continuos cambios en la materia.

A pesar de las numerosas sentencias que son dictadas todos los días por diferentes órganos de nuestro país y a pesar de todo lo que hemos avanzado en la materia, es obvio que hoy en día nos queda mucho por trabajar ya que en algunos temas lo único que nos encontramos es un vacío legal.

Sin embargo, antes de seguir explayándonos, procederemos a analizar todo el desarrollo que ha sufrido este complejo tema, pequeñas y grandes modificaciones y casos relevantes que han contribuido a su adaptación a las exigencias del mundo actual.

El reconocimiento legal en España de la filiación conseguida en países extranjeros a través de la denominada gestación subrogada, popularmente conocida como "madres o vientres de alquiler", ha sufrido bruscos bandazos en los últimos tiempos.

El Derecho interno español, como el de otros países cercanos, mantiene una posición absolutamente contraria a reconocer efectos jurídicos a estos acuerdos. La vigente Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, como su antecesora de 1988, sigue el mismo criterio negatorio al establecer en su artículo 10: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero" y añade que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". La filiación materna en el Derecho español se determina, por tanto, exclusivamente por el parto sin dar valor a estos acuerdos. No se considera, por tanto, jurídicamente protegible el interés de quienes, al no poder conseguir tener hijos de la forma natural habitual, desean por esta vía tener hijos que genéticamente sean suyos. *"La postura tradicional ha considerado la prohibición del artículo 10 como una norma de orden público internacional, aplicable por tanto también a estos acuerdos concluidos por españoles y en el extranjero".*¹³

No obstante en un mundo cada vez más globalizado resulta difícil mantener estas barreras. Existen países que sí reconocen efectos a estos acuerdos, y por lo tanto la paternidad de los que contrataron esta forma de gestación. Bastantes parejas han utilizado ya esta vía internacional para tener hijos en tales países. Lo que ha planteado el problema del reconocimiento o no de efectos en España a esa filiación subrogada. Porque si no se reconocen ¿Qué hacemos con esos niños?. La postura tradicional ha sido considerar la prohibición del artículo 10 como una norma de orden público internacional, aplicable por tanto también a estos acuerdos concluidos por españoles en tales países, y a las gestaciones y nacimientos que habían tenido lugar allí en virtud de los mismos.

Sin embargo este criterio se cambió en la conocida resolución de la DGRN de 18/2/2009. En ese caso, frente a la denegación de la inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de dos hijos nacidos el 24 de octubre de 2008 obtenidos por gestación subrogada en favor de un matrimonio de dos homosexuales varones, la DG revocó esta negativa y admitió su inscripción en favor de los padres españoles por simple traslado de la correspondiente

¹³ FERNANDO RODRIGUEZ PRIETO. 15 diciembre de 2014 Revista 58, Opinión.

certificación registral extranjera en aplicación de los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil. Consideró que, legalmente determinada esa filiación por la Ley californiana, ese reconocimiento era trasladable a nuestro Derecho, sin que se considerara que pudiera existir un problema de orden público internacional.

La instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 quiso generalizar un criterio de admisión, si bien con unas cautelas más estrictas que en la citada resolución. Para la inscripción se exigía no sólo una certificación registral extranjera, sino además una sentencia o resolución judicial extranjera por la cual se acreditara que la madre gestante había dado su libre consentimiento informado, que se habían garantizado los derechos procesales de las partes y que se habían salvaguardado los intereses superiores del menor. Tal sentencia extranjera debería además obtener el exequátur en España, aunque si se había dictado como consecuencia de un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria bastaba para su inscripción con el control realizado por el encargado del Registro Civil. En todo caso, el art. 10 se consideraba sólo de Derecho interno, y no suponía un obstáculo a estas inscripciones

Pero esta línea de admisión quedó pronto truncada. El Ministerio Fiscal había presentado una demanda contra esa resolución de 18/2/2009 por considerar que el reconocimiento admitido permitía eludir la norma del artículo 10 (lo que no deja de ser cierto) y que, para evitar esa vía de escape, ésta debía considerarse como de orden público español. El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, que conoció el asunto, dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010 estimando la impugnación del Fiscal y ordenando cancelar esa inscripción. Y la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia por sentencia de 23 de noviembre de 2011¹⁴.

¹⁴ *Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia estimatoria del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, sobre solicitud planteada por el Ministerio Fiscal, de cancelación de inscripción registral de nacimiento, realizada por una Oficina Consular.*

La Sala declara que se trata en el caso de decidir si una certificación registral extranjera que documenta una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español, pese a la prohibición de la ley española. Existe en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios Estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, ni tampoco el artículo 81 de la misma norma aprobada por decreto de 14 de noviembre de 1.958, pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución.

Por tanto, previamente a acordar su inscripción, la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad, como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado, que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y del artículo 85 de su Reglamento.

La instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 quiso generalizar un criterio de admisión, si bien con unas cautelas más estrictas que en la citada resolución. Para la inscripción se exigía no sólo una certificación registral extranjera, sino además una sentencia o resolución judicial extranjera por la cual se acreditara que la madre gestante había dado su libre consentimiento informado, que se habían garantizado los derechos procesales de las partes y que se habían salvaguardado los intereses superiores del menor. Tal sentencia extranjera debería además obtener el exequátur en España, aunque si se había dictado como consecuencia de un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria bastaba para su inscripción con el control realizado por el encargado del Registro Civil. En todo caso, el art. 10 se consideraba sólo de Derecho interno, y no suponía un obstáculo a estas inscripciones.

Pero esta línea de admisión quedó pronto truncada. El Ministerio Fiscal había presentado una demanda contra esa resolución de 18/2/2009 por considerar que el reconocimiento admitido permitía eludir la norma del artículo 10 (lo que no deja de ser cierto) y que, para evitar esa vía de escape, ésta debía considerarse como de orden público español. El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, que conoció el asunto, dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010 estimando la impugnación del Fiscal y ordenando cancelar esa inscripción. Y la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia por sentencia de 23 de noviembre de 2011.

Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 14 de la Constitución, entre otros motivos por vulneración del principio de igualdad, al considerar discriminatoria esa imposibilidad de inscripción de la filiación en favor de dos varones, éste fue desestimado por sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Ésta confirmó así el tradicional criterio denegatorio, que admite sólo como madre a la gestante, y que considera al art 10 como norma de Orden Público internacional.

La sentencia fue aprobada sólo por cinco de los nueve magistrados de la sala, con un voto particular de los cuatro restantes. Lo que es buena prueba de las dificultades de encontrar una solución para estos supuestos. Resulta interesante exponer tanto sus argumentos como las dudas que sobre los mismos se plantean.

El citado artículo 10, para el TS, impide que los avances en las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, evita que sean así “cosificados” y que se mercantilice la gestación. Pero la mujer gestante que renuncia de esta forma a la maternidad de su gestado ¿Está necesariamente atentando contra su propia dignidad y reduciéndose a cosa? ¿Lo hacen incluso quienes realizan esas gestaciones gratuitamente y por puro

altruismo, por el simple deseo de ayudar a quienes no pueden tener hijos por sí? El TS condena esta vía como medio de mercantilizar la gestación, y le parece aberrante que determinados intermediarios puedan realizar negocio con ello. Sin embargo otras actividades de ayuda a la gestación, como por ejemplo a través de implantes in vitro, se realizan por instituciones con ánimo de lucro, y ello no se considera condenable ¿Por qué en este caso, cuando se buscan los mismos objetivos de facilitar una paternidad que no es posible naturalmente, el prestar esos servicios con lucro ha de merecer esa condena? ¿Dónde está el límite de lo mercantil?

La admisión o reconocimiento de efectos legales, para el TS, permitiría la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza. Pero la opción gratuita tampoco se considera admisible. Y si media precio, esas madres gestantes ¿Han de considerarse necesariamente explotadas? Las incomodidades, esfuerzos y riesgos de una gestación por cuenta de otros ¿Ha de rechazarse siempre que puedan ser retribuidas? Y esa vía para paliar una situación de pobreza ¿Es necesariamente condenable? ¿Se ha de privar necesariamente a mujeres sin otros recursos y que no deseen ser madres de esa posibilidad de mejorar su fortuna?

Al cabo si es posible contratar trabajos que exigen esfuerzos físicos o situaciones de mayor riesgo ¿Cuál es entonces el factor diferenciador en la gestación por sustitución? El voto particular también se pregunta por qué ha de considerarse explotada la mujer gestante que ha consentido voluntaria, informada y libremente, con plena conciencia de la trascendencia de ese acuerdo. Máxime cuando, como ocurre en los Estados Norteamericanos que lo permiten, tal consentimiento se ha prestado ante una autoridad judicial que vela que se haya producido con todas las garantías.

"¿Se ha de descartar el elegir como padres legalmente reconocidos precisamente a quienes quisieron tener ese hijo, hicieron para ello esfuerzos, no sólo económicos, han propiciado y hecho posible su nacimiento y son, además, sus padres genéticos?"

El TS considera también como argumento el que el reconocimiento de esta determinación de la filiación conseguida en el extranjero llevaría a que sólo quienes dispongan de elevados recursos económicos pudieran acceder a esta vía y establecer este tipo de relaciones paterno filiales. Sin embargo estas mayores opciones de los que tienen más recursos se acepta naturalmente en muchos otros campos y servicios ¿Acaso se debería prohibir la cirugía estética en sus múltiples variantes porque no pueda acceder a ella la generalidad de la población? Y si la restricción ha de afectar de una forma especial a la materia de la reproducción por considerarse en ella imprescindible una igualdad

estricta, aunque sea a base de rigurosas limitaciones ¿Por qué permitimos entonces instituciones privadas de ayuda a la reproducción cuando la asistencia es de otro tipo, como las implantaciones in vitro en general?

El alto Tribunal pretende con su criterio amparar el interés superior del menor. Pero es bastante dudoso que éste se consiga queriendo atribuir la “correcta” filiación a una madre gestante que desde el comienzo de la gestación no ha querido tener ese hijo como propio. Esos menores quedan de hecho, con la negativa al reconocimiento, en situación de abandono. Y han de seguir el largo y complejo proceso de la adopción, para que culmine con la selección de unos padres diferentes.

En estos casos ¿Se ha de descartar el elegir como padres legalmente reconocidos precisamente a quienes quisieron tener ese hijo, hicieron para ello esfuerzos, no sólo económicos, han propiciado y hecho posible su nacimiento y son, además, sus padres genéticos? El propio TS no tiene más remedio que reconocer en su sentencia que su solución “puede causar inconvenientes” a los menores.

Ese interés de los menores, en la práctica, se ve gravemente perjudicado con la solución denegatoria. Durante largos años los niños crecen y crean vínculos afectivos con sus padres genéticos, reconocidos como tales en el país de nacimiento, que se han ocupado de ellos desde el primer momento y que pueden mantener esta situación con tan solo prolongar la estancia en dicho país.

Llegados a este punto, centrémonos en el efecto que producen las sentencias de TEDH.

En todo caso la puerta parecía haberse cerrado para los españoles que pretendieran tener hijos por esa vía y que fueran reconocidos como suyos en España. Sólo podrían aspirar al reconocimiento de su paternidad por un ordenamiento extranjero. Pero el panorama de nuevo ha cambiado radicalmente.

El 26 de junio de 2014, es decir, poco más de cuatro meses después de la sentencia del Supremo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, ha dictado dos sentencias¹⁵ esencialmente idénticas en sus fundamentos, en las que condena al Estado francés por impedir el registro de unos niños nacidos en Estados Unidos con reconocimiento allí de su filiación a través de gestación subrogada contratada por unos padres franceses. Son los llamados casos Mennensson y Labasse, con los que ha sentado una importante doctrina.

El inicial rechazo a ese reconocimiento de la autoridad francesa se fundaba en una norma semejante a la de nuestro artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo. A dicha norma francesa, como en España nuestro TS, se le había

¹⁵ STEDH 65941/ 11 del 26 de junio de 2014 y STEDH 65192/11 del 26 de junio de 2014.

pretendido dar también una eficacia extraterritorial por considerarse de orden público internacional francés. Y por ello en Francia se consideraba también aplicable a esas gestaciones por sustitución conseguidas fuera (en Estados Unidos)

El TEDH, sin embargo, considera que esa pretendida eficacia extraterritorial de tales normas es atentatoria contra el interés superior de los menores. Manifiesta que de esa forma se priva a los mismos de algunos de los contenidos esenciales de su derecho a una vida privada que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Y afirma que no se les puede dejar en la situación de incertidumbre jurídica sobre aspectos esenciales de su misma identidad, como nacionalidad y filiación, que se derivaría de esa negativa a la inscripción. El TEDH considera conforme al Convenio que las legislaciones nacionales prohíban el uso de esa técnica reproductiva en sus respectivos países, o que le nieguen en ese ámbito efectos determinativos de la filiación.

El efecto de esas sentencias se ha hecho sentir rápidamente en España, de hecho, la Asociación “Son nuestros Hijos”, defensora de esta vía de acceso a la paternidad, afirma que se firman unos 800 contratos al año por españoles en Estados Unidos con este fin.

En dicho país el proceso es cuidadosamente supervisado por un juez para garantizar que la mujer gestante actúa libremente y no empujada por un estado de necesidad ni explotada por terceros. Si la práctica de ese instrumento había alcanzado esa extensión a pesar de la inseguridad jurídica existente hasta ahora, no es descabellado pensar que el número pueda aumentar de forma sustancial ahora que las dudas parecen definitivamente despejadas.

El Ministerio anunció también la intención de promover una reforma legal que resuelva de forma definitiva esta situación. La misma no se ha producido al redactar estas líneas, pero no parece haber intención de cambiar la norma restrictiva del citado artículo 10. En realidad, la eficacia de ese tipo de normas prohibitivas y restrictivas en nuestro mundo globalizado, y un efecto plenamente disuasorio de esas prácticas, sólo podría conseguirse si todos los países mantuvieran ese criterio. Mientras tanto puede ocurrir que, como ocurre en navegación con las “banderas de conveniencia”, algunos países encuentren incluso una vía de negocio en su laxitud. Pero en tanto se consiga esa coordinación internacional, para un sector de la población, con más información y recursos, esa barrera va a ser muy fácilmente eludible. Por lo que nos vamos a encontrar ante un problema jurídicamente mal resuelto. Un problema sazonado además, como otros que afectan a la maternidad, con una inevitable carga pasional.

6.CONCLUSIONES.

Para terminar este trabajo, me gustaría hacer una breve síntesis de lo hasta ahora expuesto sobre la maternidad subrogada, así como exponer mi opinión acerca de los distintos puntos tratados y de las dispares opiniones de diferentes autores citados a lo largo del trabajo.

En primer lugar, considero que nos encontramos ante una situación que tiene una ubicación complicada en nuestro ordenamiento jurídico, ya que vivimos en una realidad en la que coexisten problemas éticos, morales y religiosos.

Ya al principio del trabajo, traté el tema de la situación actual de la Gestación por sustitución, pues bien, en España, por ejemplo, como ya vimos está prohibida, sin embargo, considero que muchos de los argumentos que se utilizan para ir en contra de la maternidad por sustitución se han quedado desfasados. Vivimos en un mundo cambiante y en una sociedad que evoluciona y el derecho evoluciona con ella, de modo que es normal que las leyes y las creencias vayan renovándose conforme cambia el mundo y surgen situaciones no contempladas hasta el momento.

Por tanto, considero que al final el derecho no puede tratarse como una ciencia estática, sino más bien como algo dinámico que tiene que ir cambiando para adaptarse a las exigencias de la sociedad.

En este sentido, uno de los cambios de la sociedad al que me refiero es al modelo de familia, es decir, el modelo de familia tradicional que constaba de un padre varón y una madre, no se corresponde con el momento actual, ya que ahora nos encontramos con familias de parejas homosexuales, heterosexuales e incluso familias monoparentales.

Como ya dije anteriormente, el artículo 10 de la LTRHA declara nula de pleno derecho la maternidad subrogada, pues bien, parece necesario que se busque una vía para solucionar y regular los problemas que a día de hoy se plantean, ya que cuando esta ley fue aprobada por primera vez en 1988, fue muy novedosa en su ámbito, pero nunca llegó a plantearse realmente el tema de la maternidad subrogada, pues en aquel momento no era un tema que estuviera la orden del día.

Con lo analizado en el trabajo, hemos podido ver que tanto la doctrina jurisprudencial como la científica abogan por la equiparación de la maternidad subrogada a los supuestos de adopción y acogimiento o incluso como un tipo de maternidad, todo ello apoyándose en la analogía, ya que es cierto que en

España no puede llevarse a cabo el contrato, pero se intenta dar respuestas y una protección a la subrogación realizada en el extranjero por españoles.

Vemos como la mayoría de los problemas relacionados con la gestación por sustitución podrían resolverse si se llevase a cabo un convenio que regulase la gestación subrogada, tal y como planteaban algunos autores citados a lo largo del trabajo. Con esta regulación se verían resueltos aquellos problemas que se han ido planteando y que como es evidente los primeros afectados son los menores.

Igualmente, considero que, aunque un convenio regulador de la maternidad subrogada sería una idea excelente, también creo que resultaría difícil, ya que, como dije al principio, vivimos en un mundo en el que la influencia religiosa es algo ya evidente, y en este tema, la Iglesia se muestra totalmente contraria a la maternidad subrogada, ya que ve en esta figura, una forma de enmascarar la explotación no solo de la mujer, sino del menor que va a nacer. Afirman que contraviene el orden natural de la concepción humana y va totalmente en contra de la ética y la moral, lo que a largo plazo podría ocasionar problemas de identidad personal en los nacidos por este método.

Con todo ello no quiero decir que se deba de acceder a esta figura de una forma sencilla, sino que se lleve a cabo una regulación en la que se tengan en cuenta todos los derechos que se puedan ver afectados, pensar en el interés del menor y de las obligaciones y requisitos que tendrán que cumplir los comitentes, en los derechos de la madre gestante y, además, creo que es necesario que se regule de una forma en la que todos los españoles puedan acceder a ella, ya que hoy en día únicamente se puede acceder a ésta viajando al extranjero, circunstancia que no todo español puede permitirse.

7.BIBLIOGRAFIA

-HIERRO HIERRO J. “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 6 de octubre de 2012. Páginas 53-59.

- FLORES RODRÍGUEZ J., “Vientres del alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa.

- HEREDIA CERVANTES I. , “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución.

- GÓMEZ GORDILLO R., “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación por maternidad por adopción”.

-Periódico digital: www.ELmundo.es.
<https://www.elmundo.es/baleares/2018/08/03/5b63ffa1e5fdea8b5c8b45eb.html>

-Periódico digital: www.ecodiario.es.
<https://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticias/9413126/09/18/El-congreso-rechaza-la-prestacion-por-maternidad-a-usuarias-de-vientres-de-alquiler.html>.

-www.Legaltoday.com. Comentario a la sentencia 00872/2017 de 11 de Octubre de 2017,

-www.poderjudicial.es. STS 1242/2018.

-Página web: www.Noticiasjurídicas.com.
Comentario a la sentencia STS, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, sentencia número 953/2016 por la que "Se reconoce por primera vez a la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad".

-SELMA PENALVA A., "Vientres de alquiler y prestación por maternidad", Revista Doctrinal Aranzadi", nº 9 de 2013, página 12.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución.

-José Manuel Cruz Méndez. "La maternidad subrogada".

-Revistas electrónicas:
<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/download/3563/3327/>.

- ANTONIO ZENNA, F., "La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014", Revista online El Derecho.

-FERNANDO RODRIGUEZ PRIETO. 15 diciembre de 2014 Revista 58, Opinión.